

# 论信托的性质 与我国信托法的属性定位

朱 圆\*

**摘 要** 了解信托的本质,洞悉其与合同和公司的区别,并在此基础上准确定位信托法的属性,是我国信托立法与实践亟待解决的重大理论问题。自信托制度设立以来,信托的性质一直是西方学界论争的焦点,代表性观点有物权论、契约论和商事组织论,它们从不同的角度揭示出信托的多维性质。由于信托财产的双重所有制在我国并无生存的法律环境,物权论不能用于界定我国信托法的本质属性,而商事组织论和契约论则可以为我国信托法所吸收或借鉴。考虑到在我国信托实践中民事信托与商业信托呈现融合趋势,我国信托法应当赋予整个信托制度以具有独立法律人格的商事组织地位,并基于信托的基本性质将信托法设定为授权法。

**关键词** 信托 信托法 合同 物权 商事组织

尽管信托业在我国经济中占据重要地位,但学界和实务界对于信托制度的实质内涵及其性质却不甚了解。在实务中,信托被广泛用作资金运营的通道,<sup>[1]</sup>此类信托的运作脱离了信托制度的本质。另一方面,对信托的性质定位决定了信托法的基本框架和核心规则设计,因而

\* 福州大学法学院副教授。本文系中国法学会 2013 年度一般课题《信托法修改与完善研究》(编号:CLS(2013)C55)的阶段性成果。本文在写作过程中,曾经与美国《统一信托法》的报告人 David English 教授和《统一成文信托实体法》的报告人 Robert Sitkoff 教授就相关问题进行讨论并从中得到启发,谨此向两位教授致谢!

[1] 银监会 2014 年 6 月颁布的《关于调整信托公司净资本计算标准有关事项的通知》(下称《通知》)将信托公司开展的信托业务区分为事务管理类(即通道业务)和非事务管理类。该《通知》第 2 条规定,事务管理类信托,是指委托人自主决定信托设立、信托财产运用对象、信托财产管理运用处分等事宜,自行负责前期尽职调查及存续期间信托财产管理,自愿承担信托投资风险,受托人仅负责账户管理、清算分配及提供或出具必要文件以配合委托人管理信托财产等事务,不承担积极主动管理职责的信托业务。

是我国《信托法》修订需要解决的先决问题。

自信托制度诞生以来,信托的性质就一直是西方信托法学界关注和争论的热点问题。在美国,<sup>〔2〕</sup>信托可以区分为普通法信托和成文商业实体信托两种类型。<sup>〔3〕</sup>成文商业实体信托的商事组织属性已经为法律所认可,而对于普通法信托的性质,西方学界存在物权论、合同论和商事组织论三种主要观点。本文通过介绍西方学界关于信托性质的论争,分析信托与物权、合同及公司的区别,尝试从理论和规则角度帮助人们认清信托制度的本来面目,并在此基础上,对我国信托法应如何定性信托提出建议。本文认为,对信托法的性质定位应充分考虑信托实践的需要。鉴于我国的赠与信托与商业信托在很大程度上已经融为一体,将我国信托整体定位为具有独立法律人格的商事组织有利于信托开展对外交易,并有助于降低信托当事人自身运营风险和国家系统性金融风险。同时,基于信托的契约属性和商事组织属性,我国信托法应以授权性规则为主。

## 一、西方学界关于信托属性定位的论争

信托发端于英美法系国家,是衡平法的一项重要制度,并在近数十年为许多大陆法系国家所吸纳或认可。关于信托的概念有多个不同版本,而1984年《关于信托的准据法与承认信托的海牙公约》(以下简称《海牙信托公约》)第2条对信托的界定,由于融合了大陆与英美法系国家对信托制度的基本理解,已经为许多国家所认同:“就本公约的目的而言,信托,指的是委托人,在其生前或死后,将财产移交受托人控制,并由受托人为受益人的利益或特定目的管理财产。”此外,多部英美信托法著作都将信托定义为信义法律关系,而构成“信义法律关系”的一个核心要件是受托人享有管理信托财产的自主权。<sup>〔4〕</sup>

西方信托学界早年关于信托法律属性的论争实质是对受益人在信托中所享有权利的属性之争,这场论争集中爆发于19世纪初美国学界对法律进行部门分类的期间。主张受益人在信托中所享有的权利是“对人权”的学者认为信托法应归属于“义务法”,并应与合同归入同一个法律部门。而主张受益人在信托中所享有的权利是“对物权”的学者则主张应将信托法归入财

〔2〕 此处特别提及美国而非整个西方信托法,是因为在西方诸国中仅美国设立了成文商业实体信托这种组织形式。美国信托法的研究和变革已经在很大程度上处于世界领先地位。值得注意的是,加拿大2008年颁布的《统一收入信托法》将“收入信托”定位为商事组织。

〔3〕 根据美国《统一成文信托实体法》对信托的分类和概念界定,普通法信托指的是由私人行为引发设立,而不经政府机构的注册登记而成立的信托,此类信托的目的可以是资产赠与或商业活动。成文实体信托,指的是依法定程序向政府机构注册登记而成立的信托。二种信托的主要区别还体现在是否具有独立法律人格,法律对后者赋予了独立法律人格。成文实体信托不得以赠与为主要目的,而应以商业为目的。参见《统一成文信托实体法》(2009)序言第三自然段。

〔4〕 Paul B. Miller, “Justifying Fiduciary Duties”, 58 *McGill Law Journal* 969, 1011-1013(2013).

产法。<sup>〔5〕</sup>这场论争后来被学者进一步归纳为信托的合同属性与物权属性之争。

关于信托法律性质的论争并没有随着时光的流逝而平息。近些年来,英美信托学界权威学者仍纷纷撰文探讨信托的法律属性。耶鲁大学法学院的兰博约教授1995年发表的《论信托法的合同基础》一文批驳了信托物权论,并进一步阐释了信托契约论。<sup>〔6〕</sup>英国著名学者乔治教授主张将信托视为独立的财产义务聚合体(patrimony),而指称信托为此类“聚合体”,在法律上意味着赋予其独立人格或准人格。乔治教授还在此基础上进一步主张信托应被视为独立的法律主体。<sup>〔7〕</sup>汉斯曼和马太教授于1998年合作发表的论文《论信托法的功能》特别分析了信托与合同之间存在的本质区别——信托制度所蕴含的受托人自有财产与信托财产互相隔离的制度设计是合同所不具有的,并基于此主张信托是一种商事组织。<sup>〔8〕</sup>斯蒂科夫教授2004年发表的论文《信托法的代理成本理论》解析了信托法作为商事组织的代理成本问题;<sup>〔9〕</sup>其后于2013年撰文从治理结构和财产分离两种机制出发,再次重申了其所主张的信托是一种商事组织的观点。而2011年出版的《信托的经济基础》一书以分析信托的法律属性为主题,批驳了信托契约论和信托组织论,捍卫传统的信托物权论,该书所提主张代表了当代部分英美学者的观点。<sup>〔10〕</sup>

## 二、信托与物权

信托物权论在相当长的一段时间里是信托学界关于信托性质的主流观点,但学者对该信托属性的论争从未终止。20世纪初期学界关于信托基本属性的争论主要聚焦于对受益人所享有权利的基本属性是对物权还是对人权的问题。<sup>〔11〕</sup>许多学者参与了论争,相关代表性观点可见斯科特教授和斯通教授分别发表于《哥伦比亚大学法律评论》的两篇论文。<sup>〔12〕</sup>具体言之,斯科特教授主张信托受益人对信托财产所享有的权利是对物权,而不仅是面向受托人的对

〔5〕 A.N.Whitlock, “Classification of the Law of Trusts”, 1 *California Law Review* 215, 216(1912).

〔6〕 John H. Langbein, “The Contractarian Basis of the Law of Trusts”, 105 *Yale Law Journal* 625 (1995).

〔7〕 George L. Gretton, “Trust Without Equity”, 49 *International and Comparative Law Quarterly* 599, 615—617(2000).

〔8〕 Henry Hansmann, Ugo Mattei, “The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis”, 73 *New York University Law Review* 434(1998).

〔9〕 Robert H. Sitkoff, “An Agency Costs Theory of Trust Law”, 89 *Cornell Law Review* 621, 623 (2004).

〔10〕 M.W.Lau, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford University Press, 2011.

〔11〕 我国学者陈雪萍教授撰文介绍了这场学界的论争,参见陈雪萍:“信托受益人权利的性质:对人权抑或对物权”,《法商研究》2011年第6期。

〔12〕 Austin W. Scott, “The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust”, 17 *Columbia Law Review* 269 (1917); Harlan F Stone, “The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust”, 17 *Columbia Law Review* 467 (1917).

人权;而斯通教授则主张受益人所享有的权利是基于受托人在设立信托时的承诺而衍生的要求受托人履行义务的对人权。<sup>[13]</sup>

信托物权论的法律基础是英美信托法中的衡平所有权与名义所有权相分离的双重物权制度。委托人在创设信托后,将信托财产的名义所有权转移给受托人,而信托财产的衡平所有权则由受益人所享有。因此,虽然在信托制度中受托人对信托财产享有法律上的所有权,但其经营信托财产的收益却归受益人所有,而受益人对信托财产享有衡平所有权在信托制度中主要表现为受益人对第三人享有衡平追偿权。<sup>[14]</sup>斯科特教授发表于1917年的论文《论信托受益人所有权的性质》基于对受益人对第三人享有的衡平追偿权的分析而提出,信托受益人作为信托财产的衡平所有人,其所享有的权利不仅包括其自身对受托人的个人权利,还包括对物的权利,即要求他人不得有意以及无端地侵犯其财产权,不得利用信托财产从事任何与信托目的相背离的行为。<sup>[15]</sup>

斯通教授撰文对斯科特教授的“物权论”观点进行了批驳。他认为,信托受益人对第三人的权利源自受益人对受托人所享有的要求其履行受托义务的权利,是对人的权利。换言之,受益人的权利源于衡平法向受托人施加的责任。<sup>[16]</sup>斯通教授主张信托法以受益人对受托人所享有的权利和受托人所承担的义务为中心,并把信托法中的合意元素视为其主要内容,从而驳斥了信托物权论,支持了信托契约论。

除斯通教授所提观点外,信托学界对信托物权论提出的主要批评是受益人对信托物并不享有绝对的物权——因其不能对抗善意第三人。<sup>[17]</sup>然而,自20世纪初期以来,受益人对信托物所享有的衡平法上的物权在司法实践中得到越来越广泛的认可,学界逐渐全面接受了信托财产所有权二分的观点。立法层面对于受益人对信托财产享有衡平所有权的认可推动信托物权论在学界得到更广泛的认同,也使得这场关于受益人所享有的基本权利的属性论争在此后的数十年里基本得以平息。

自斯科特教授之后,英美信托学界进一步补充和发展了信托物权论。综观英美学界将信托视为物权的主张,可以归结为基于以下四个方面的理由。首先,特定的信托财产是信托成立的必要条件。美国《信托法第二次重述》明确规定:“除非存在信托财产,不能创设信托。”<sup>[18]</sup>

[13] 对物权指的是以物为对象发生的权利;是一种支配性的权利,就其权利和对象可以随意支配;其权利作用范围是除权利人之外的所有的人,是绝对性的权利。而对人权是以人为对象发生的权利;是请求权,即要求他人之作为或不作为之权利;权利仅对相对人有效;是相对性的权利。对物权与对人权的区分更被逐步转换为物权债权区分说。关于对人权与对物权的内涵及其区别,参见冉昊:“对物权与对人权的区分及其实质”,《法学研究》2005年第3期。

[14] 信托受益人衡平追偿权指的是信托财产在受托人的管控和安排下,转移给非善意第三人所有时,信托受益人有权对第三人行使追偿权。

[15] Austin W. Scott, *supra* note 12.

[16] Harlan F Stone, *supra* note 12.

[17] Frederic W. Maitland, *Equity: A Course of Lectures*, (John Brunyate rev.ed., 2<sup>nd</sup> ed.), Cambridge University Press, 1936, pp. 106—116.

[18] 美国《信托法第二次重述》(1959),第74条。

其次,英美法系国家的信托制度起源于土地权的移转,这是一种物权的移转。第三,信托制度对整个法律制度的核心贡献在于其确定了信托财产所有权的归属,创设了信托财产与信托管理人个人财产相分离的制度,从而确定了信托财产在受托人破产时的权益归属,而这些规则均以物权为中心。第四点,也是最重要的一点,信托是以协调物权为主要内容的制度,同时也是针对物的管理机制。信托的相关权利可以视为物权的功能性延伸。另一方面,需要指出的是,虽然物权制度对物权行使的限制机制实施成本低廉,但其内容宽泛模糊因而不适用于需要精细化管理的资产安排;事实上,现代信托制度的重要贡献在于其拓展了物权的协调功能。<sup>[19]</sup>总而言之,信托物权论者之所以称信托法为物法,是因为它以物为核心——信托法律规则促进了资源的高效利用,并以保护受益人的财产而非受益人的权利为中心。<sup>[20]</sup>尽管信托中的一些功能可以由合同、代理或商事主体来实现,但归根结底,信托是从财产而衍生的法律机制,信托受益人的利益是一种从所有权中衍生而来的权益。<sup>[21]</sup>

斯科特教授一生致力于信托法的研究,是20世纪美国信托法的领军人物,留下许多信托法的经典著作。然而,今天信托物权论的响应者却越来越少。究其原因,物权总体是一种比较静态的权利,权能相对比较单一,在现代信托制度中尤为重要的受托人的信义义务机制的构建问题在物权法中找不到好的答案。物权论在以传统赠与信托为信托业重心的时代可能具有更大合理性,但不能适应商业化时代新型信托实践的需要。

### 三、信托与合同

耶鲁大学的兰博约教授是当代美国信托契约论的主要代表人物,其主张信托具有合同属性,同时强调信托与合同是互相独立的两种制度。由此清楚地表明了其对信托与合同关系所持的基本观点。本部分拟介绍信托契约论者的基本观点,并列举和分析信托与合同之间存在的区别,以力求回答如下问题:信托与合同之间的区别是什么?信托是否可以直接适用合同法?准确回答前述问题的重要性在于,如果信托制度没有其独特的特征,信托立法修订的重要意义就得不到彰显。

#### (一)信托契约论者的基本观点

最早提出信托契约论的学者是倍受尊敬的普通法教授梅特兰,他也是20世纪初期参与信托性质论争的核心人物之一。作为信托契约论的坚定支持者,梅特兰指出,“信托发端于当事人之间的合意”;<sup>[22]</sup>“信托最初被视为一种法律义务,事实上是一个合约,虽然没有如此来命名它”。<sup>[23]</sup>

[19] M.W.Lau, *supra* note 10, at 181.

[20] *Ibid.*, at 137.

[21] *Ibid.*, at 181.

[22] Frederic W. Maitland, *supra* note 17, at 29.

[23] *Ibid.*, at 110.

兰博约教授于20世纪末期撰写了《论信托法的合同基础》一文,系统阐述了信托契约论的主张。文章开篇和结尾两次强调,该文所主张的信托契约论旨在为人们理解和改良信托法律规则提供依据。作者并不否认信托制度具有其独特的构造和特征,更不主张将信托视为合同的一种类型或用合同法来规制信托,正如公司契约论、婚姻契约论的倡导者并无意将公司法或婚姻法等同于合同法。<sup>〔24〕</sup>

兰博约在阐述信托契约论时提出,应将信托视为一种协议。首先,信托的设立是基于当事人之间自愿形成的协议。其次,信托还可以被视为委托人与受托人就如何管理和分配信托财产而达成的私人协议。与其他法律制度相比较,信托制度的核心特征并不在于信托财产转移这一信托设立的背景事件,而在于包含规定了受托人在管理信托财产过程中所承担的权利义务的信托交易。就功能而言,这种信托交易与第三方利益合同并无二异。<sup>〔25〕</sup>第三,几乎所有的信托法律规则都是授权性规则。在近代信托法的发展中信托财产和信托目的表现出更大的灵活性。最后,信托在美国的晚近运用变革,即从传统的土地代管为主转型到金融工具为主,推动了受托人的角色转换为今天的金融资产管理者。这个变化促使信托法的核心内容转变为“规定受托人在管理财产时所承担的义务和权利”。<sup>〔26〕</sup>

兰博约教授在文章中区分了不同类型的信托分别分析其各自的契约属性,并以论证家庭财产传承信托的合同属性为重心。因为在他看来,慈善信托和拟制信托等特殊形式信托应当排除在“具有合同属性的信托”范围之外,而集委托人和受托人于一人的宣告信托因为只有一方当事人,自然也不具有合同属性。<sup>〔27〕</sup>但是,商事信托的合同属性却是显而易见的。<sup>〔28〕</sup>家庭财产传承信托同样具有合同属性,只是其合同属性不如商事信托明显,因而需要特别揭示。

信托契约论已经得到一些学者和实务工作者的认同。<sup>〔29〕</sup>信托契约论者认为,如果把信托视为合同,那么与其最接近的合同类型便是第三人利益合同。事实上,早在1953年,劳森教授就指出,“委托人、受托人和受益人之间设立的信托可以被解释为现代法律框架下的第三人利益合同”。<sup>〔30〕</sup>

信托契约论者对信托法的核心主张是强化委托人在信托管理中的地位和权利。英美传统信托法的不可撤销信托中的委托人在信托成立后就基本丧失了对信托管理的执行控制权。以

〔24〕 John H. Langbein, *supra* note 6, at 630.

〔25〕 *Ibid.*, at 627.

〔26〕 *Ibid.*, at 637—638.

〔27〕 *Ibid.*, at 630—631.

〔28〕 相比较英美法系传统的民事信托,商事信托的契约属性更为明显。在传统的民事信托中,受托人往往不收取任何报酬,而在商事信托中,受托人因其所提供的信托服务而获取报酬,因而商事信托可以视为在议价基础上达成的交易。

〔29〕 Robert H. Sitkoff, *supra* note 9, at 643—44. David Horton 教授归纳了晚近认可信托合同论的学者和司法判例,参见:David Horton, “Unconscionability in the Law of Trusts”, 84 *Notre Dame Law Review* 1675(2009).

〔30〕 F.H. Lawson, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, The Thomas M. Cooley Lectures, Fifth Series, University of Michigan Law School, 1953, p.200.

信托是委托人与受托人之间合意的产物为理由,信托契约论者主张在信托文件的执行过程中应当尊重委托人的意志。〔31〕

兰博约教授承认信托制度与物权制度之间存在密切关联,但认为如果过度强调或拘泥于信托法的物权属性,不仅信托制度自身所独有的特性可能被淡化,而且信托法在处理人与人之间的法律关系时所体现出的高度授权性、灵活性和自主性等特性将被削弱。为此,他就信托法律属性提出了“折衷”主张,“信托是合同制度与物权制度的聚合体,承认信托中所蕴含的合同成分并非否定其中的物权要素”。〔32〕

受学界对信托法性质定位争议的影响,美国《第三次信托法重述》回避了信托的合同或物权属性问题,称“信托是一人为另一人的利益处置财产的法律机制之一”,〔33〕从而将信托描述为资产管理的一种法律制度。

## (二)一些大陆法系国家依托合同制度来引入英美法系的信托制度

英美法系国家的信托制度建立在双重所有权制的基础上。由于大陆法系的单一所有权制度与英美法系的双重所有权制度不同,大陆法系国家无法直接移植英美法系的信托法,但又非常需要信托制度来担负某种经济功能,于是它们或是通过制定具有本国特色的信托法,或是创设了具有相似社会功能的法律制度或机构来实现其目的,如德国创设了为未成年人或缺乏行为能力人管理财产的特别监护机构。一些大陆法系国家甚至出现以合同安排来效仿英美法系国家信托关系的事例,其具体运作方式是:转让人(信托设立人)将信托财产转移给管理者(受托人从而成为该财产的名义所有人)。同时,双方达成协议,管理者成为转让人的代理人,并承担为受益人的利益管理财产的义务,而受益人则成为合同的第三方受益人。〔34〕此外,一些未设立信托制度的国家的法院在案件审理中不得不面对英美法系国家的信托安排时,法官往往把信托类比为合同。在欧洲法中信托与合同关联使用的状况进一步表明信托与合同在法律中具有非常相似的社会功能。〔35〕

大陆法系国家效仿信托而设计的合约安排并不能完全达到信托制度自身的效果。正基于这一认识,一些普通法和大陆法系国家签署了《海牙信托公约》,该公约的基本目的是在未设立信托的法域承认已经设立信托的法域中信托的法律效力。

## (三)信托与合同的区别

笔者认为,以兰博约教授为代表的信托契约论者所提出的信托制度中所包含的合约成份的观点是正确的,契约论者能够正确地指出信托与合同是两种不能混同的制度,这是其可贵之处,但契约论者似乎没有充分认识到信托与合同之间存在的区别。虽然信托与合同具有诸多

〔31〕 John H. Langbein, *supra* note 6, at 664—665.

〔32〕 *Ibid.*, at 669.

〔33〕 美国《第三次信托法重述》(2003),引言。

〔34〕 参见 Henry Hansmann, Ugo Mattei, *supra* note 8, at 443; 还可参见: Johannes Rehahn and Alexander Grimm, “Trust Law Country report of Germany”, *The Columbia Journal of European Law Online*, Winter 2012, p. 105.

〔35〕 John H. Langbein, *supra* note 6, at 669.

相似的特性,但二者之间的差异亦是显而易见的。事实上,如果信托没有其独特的制度构造和存在价值,它就不会被赞誉为英国人在法律领域里所取得的最伟大成就。<sup>[36]</sup>在此,笔者尝试归纳信托制度与合同制度的主要区别如下。

首先,信托制度对信托财产所有权的独特设计以及由此产生的法律效果是合同制度所无法实现的。<sup>[37]</sup>信托法规定,受托人自有财产独立于信托财产,由此设置了信托财产与受托人个人财产互相独立的资产隔离机制。在面对债权人时,信托法实际上把受托人分离成两个不同的虚拟主体:为受托人本人行事的自然人和为受益人行事的主体——当受托人破产时,信托财产不会成为受托人私有财产的一部分而被纳入到破产财产中。这种虚拟双重人格的创造并不能通过缔结合约或在合同法项下实现。而信托法设置的资产隔离制度体现了信托制度与简单的合约安排之间的根本区别,前者所具有的对制度之外的物权或财产的约束力元素有效填补了内部合约的效力缺陷。正如美国学者所言,“信托法对法律制度的贡献并不在于其创建了三元主体(委托人、受益人和受托人)之间的信托关系,而在于设计了信托主体与债权人之间的财产分配制度”。<sup>[38]</sup>

第二,信托制度是信义法律制度的一种主要类型,信托当事人地位和实力常常并不对等,在绝大多数情况下,相比较委托人和受益人,受托人对信托事务有明显的知识和专业技能方面的优势。更重要的是,受托人对如何管理信托事务享有很大的自由裁量权,由此将受益人置于利益易受侵害的境地。制度环境的差异决定了信托制度和合同制度的立法价值取向和核心规则的区别。信托法把防止受托人滥用其受托权而损害受益人利益设定为根本目的。而合同法的基本立法目的则在于确保合同当事方之间的合意能够得以实施。正因为如此,信托法条款以约束受托人为主要内容,而合同法对合同双方的权利义务给予同样的考虑。

第三,就道德约束而言,受托人违反信义义务所受到的道德谴责与违约所受到的道德谴责不同。合同责任至少从形式上而言,是一种严格责任。即便合同当事方对违约并无过错,其仍需因违约而承担法律责任。也许这正是违约所受到的道德谴责低于违反刑法和侵权法所受道德谴责的原因所在。此外,虽然今天一些学者主张合同主体在道德层面承担履行合同的义务,但合同法的这种道义要求并没有超越市场交易的界限,合同各主体可以为自己的利益行事。在合同世界里,追求自我利益是一种常态,对合同一方当事人追逐自我利益的限制只能由合同另一方当事人在合同条款中予以施加。<sup>[39]</sup>相反,信托受托人承担忠实义务,其在履行受托职责的过程中不得为了个人利益而侵害委托人或受益人的利益。受托人违反信义义务除承担相应的法律责任外,还受到强烈的社会道德谴责。

第四,信托制度的核心内容——信义义务与合同义务存在明显差异。首先,信义义务的受

[36] 英国历史学教授梅特兰提出此观点并被人们广为援引。参见:F.W.Maitland, “The Unincorporated Body”, in 3 *The Collected Papers Of Frederic William Maitland* 272, H.A.L.Fisher ed, 1911.

[37] Henry Hansmann, Ugo Mattei, *supra* note 8, at 445—466.

[38] *Ibid.*, at 466.

[39] Tamar Frankel, “Towards Universal Fiduciary Principles”, 39 *Queen’s Law Journal* 391(2014).

托人承担为受益人最大化利益而服务的义务(忠实义务)和谨慎履行职责的义务(注意义务)。此外,受托人还承担向委托人进行信息披露的义务。而合同义务并不包括这几项内容,即便合同法对合同当事人设定了“善意”履行合同的义务,合同主体的行为标准也低于受托人所承担信义义务的行为标准。

第五,合同与信托的损害赔偿规则内容存在显著差异。首先,合同违约方对相对方的损害赔偿范围以弥补相对方受到的损失为限,而信托受托人违反忠实义务的赔偿范围是将其在此过程中获得的所有收益归入信托财产。其次,合同与信托制度所设置的权利人可能享有的损害赔偿请求权范围不同。在英美的信托制度下,根据衡平追偿规则,如果受托人违反信托文件条款不当处置了信托财产,则受益人有权向该财产的受让人进行追偿(前提是受让人非善意第三人);但合同法一般不能将合同一方当事人的损害赔偿请求权延伸至因受托人违约而受益的合同外部主体。再次,在违反信托时,受托人支付的赔偿金通常归入信托资产,而非直接交于受益人。在违反合同时,违约方直接向另一方当事人支付赔偿金。此外,受托人履行受托职责如果严重违反信托条款并不会使信托失效,而重大违约常常导致合同终止。

第六,选择信托制度,就必须适用该制度所特有的规则,而合同制度在这方面具有更大的灵活性。信托制度坚守的核心规则包括信托财产和利益的分配规则、受托人享有一定的管理信托财产的自由裁量权以及受托人在管理信托过程中所承担的法律责任等。<sup>〔40〕</sup>

## 四、信托与商事组织

信托制度自创设以来一直与商事组织存在密切关联。信托制度在创立之初一方面被用于家庭财产的代际传承和管理,另一方面也被用于企业经营。在当时,一些最大的企业以信托的方式开展经营管理——公司的股份交于受托人,由受托人负责管理企业。<sup>〔41〕</sup>早在19世纪末20世纪初,马萨诸塞州商业信托的商事主体地位就已经受到法官和学者的关注,并出现了支持和反对马萨诸塞州商事信托为独立商事主体两种观点,但“支持说”未能取得决定性胜利。<sup>〔42〕</sup>近年来,英美学界和立法界主张信托是独立法律主体乃至商事组织的呼声越来越强烈,相关的立法亦呈现积极变化。

笔者以为,将普通法系国家包括普通法信托和成文商事主体信托的信托制度整体塑造为

〔40〕 Amy Morris Hess, George Gleason Bogert, George Taylor Bogert, “*Bogert’s Trusts and Trustees*”, Chapter 2, § 17, Westlaw Version, 2013.

〔41〕 Robert C. Brown, “Common Law Trust As Business Enterprises”, 3 *Indiana Law Journal* 595, 595(1927—1928).

〔42〕 虽然法院在 *Mayo v. Moritz*(151 Mass. 481, 24 N.E.1083)(1890)案和 *Williams v. Inhabitants of Milton*(215 Mass.1,102 N.E. 335)(1913)案均确认商事信托为独立的法律主体,但马萨诸塞州商业信托的独立的商事组织法律地位并未得到马萨诸塞州成文商业信托法或州法院的全面认可。参见:Sheldon A.Jones Laura M.Moret James M.Storey, “The Massachusetts Business Trust and Registered Investment Companies”, 13 *Delaware Journal of Corporation Law* 421(1988).

商事组织法需要立法实现两个阶段的跨越:第一个阶段的跨越是赋予信托以独立法律主体地位;第二个阶段的跨越是将信托法确定为商事组织法。当前美国普通法信托正处于第一个阶段的跨越进程中,而美国成文实体信托法授予成文实体信托以独立主体地位的商事组织资格是第二个跨越阶段的部分体现。

### (一)信托成为独立法律主体的立法演变

在传统的英美信托法中,信托不具有法律人格,不具有向法庭应诉和起诉的资格,不能独立拥有财产或以自己的名义进行交易。在那样的法律环境中,受托人被视为信托在面对世界时所呈现的法律面孔,信托只是依附于受托人的法律主体,受托人对其在管理信托事务过程中所签订的合同或实施的侵权行为承担个人责任,从而承担巨大的经营风险。在今天,普通法信托的这一核心法律规则在英国和美国已经发生分化。英国仍然秉承传统信托法规则,在立法中未认可信托的独立法律主体地位;而美国信托法<sup>[43]</sup>则顺应信托实践,特别是商业信托蓬勃发展的需要,进行了较大革新。

受信托商事化范围扩张的影响,美国普通法信托的独立主体资格正逐步为法律所认可。旨在调整传统普通法信托的美国《信托法第三次重述》指出“现代普通法判例和成文规则日渐趋于认可信托为独立的法律实体”。<sup>[44]</sup>同样以普通法信托为主要调整对象的美国《统一信托法》将该法所称的“人”定义为“包括信托和其他法律与商业实体”,由此明确把信托视为独立于受托人的法律实体。<sup>[45]</sup>该法还借鉴董事法律制度来修改受托人制度,废除了要求受托人以其个人资产为债务人承担补充赔偿责任的规定,受托人仅在管理信托财产过程中违反信义义务时才承担赔偿责任,<sup>[46]</sup>而在其他情形下则由信托财产独立对外承担赔偿责任,从而在责任承担方面进一步明确信托的独立主体地位,也极大降低了信托受托人的经营风险。需要强调的是,美国法律对普通法信托独立主体地位的认可还处于“准实体”,<sup>[47]</sup>而不是“完全实体”的状态,如果受托人对信托的侵权行为存在过错,则其仍需承担个人责任。<sup>[48]</sup>

美国商事信托立法发展可以划分为两个阶段,今天这两个阶段所对应的商事信托同时并存于信托实践及相关立法。第一个阶段的商事信托是“马萨诸塞商事信托”,此类信托是否应被认定为独立法律主体尚存在一定争议,相关法律适用一般参照普通法信托。第二阶段的商

[43] 美国各州有制定其信托法的自主权,因此美国各州信托法内容各不相同。本文所援引的美国《统一信托法》、《统一成文信托实体法》、《信托法第二次重述》以及《信托法第三次重述》对美国各州均不具有强制约束力。前二者仅在各州信托法选择将其吸纳到州法中,才对州发生效力,而《信托法重述》的制定目的仅在为各州信托法的修订提供参照和指引,以减少各州分别制定信托法而带来的资源浪费。

[44] 参见美国《信托法第三次重述》第2条对“信托定义”的评述。《布莱克法律词典》对法律实体(legal entity)的定义是:主体,非自然人,可以合法履行其职能,起诉和应诉,并通过代理做出决策。参见:《布莱克法律词典》第9版,西方出版公司2009年出版,页976。

[45] 参见美国《统一信托法》§103。

[46] 参见美国《统一信托法》§1010(a)。

[47] 美国普通法信托已经在实际运作中具备独立主体的“功能”,参见:Jesse Dukeminier, Robert H Sitkoff, *Wills, Trusts and Estates*, Aspen Publishers, 9<sup>th</sup> edition, 2013, p.394.

[48] 参见美国《统一信托法》§1010(b)。

事信托是成文实体信托,美国立法者为推动成文实体信托的发展,制定了两部相关法律,即1988年特拉华州专门针对商事信托制定的《商事信托法》(后更名为《成文信托实体法》)和2009年美国统一法协会制定的《统一成文信托实体法》。<sup>[49]</sup>这两部法律对信托的制度创新体现在其确认商业成文信托是一个类似于公司的商事组织,确认其具有独立于受托人、委托人和受益人的法律人格。<sup>[50]</sup>

## (二)信托商事组织论的基本观点

美国数位著名信托法教授一致主张,无论是普通法信托还是商事实体信托,均应视为商事组织的一种类型,其理由是信托制度所蕴含的法律规则使其具备商事组织的基本功能和属性。具体而言,一方面,受托人信义义务法律制度以确保受托人在履行其受托职责的过程中以受益人利益最大化和勤勉履行职责为行动纲领,由此发挥着约束受托人和维护委托人与受益人权益的功能,可以视为信托法中的治理性规则;另一方面,信托中的资产隔离规则有效分离了受托人的个人财产和信托财产,从而发挥资产分配的重要作用。正如美国著名学者汉斯曼和马太教授所指出,虽然创设商事组织法的主要目的是为当事人提供示范合同,但商事组织法所特有的资产隔离功能是当事人之间的协议所无法创设的。这里“资产隔离”主要指的是把商事组织所有人的私人资产及私人债务与商事组织名下的资产与债务互相隔离。换言之,商事组织所有人(比如股东)的债权人不能要求用商事组织的资产来偿还其债务。<sup>[51]</sup>商事组织所具有的这种独特的制度功能来自其设立许可者——政府的特别授权。而信托制度所包含的受托人个人财产与信托财产相隔离的机制使得信托具有了商事组织的特征。考虑到内部治理规则和资产分配规则是企业组织法的核心规则,已经具备此两类规则的信托法应被纳入到商事组织法的范畴。<sup>[52]</sup>

## (三)信托与公司的区别

信托以受托人管理信托财产为核心内容,因而具有资产管理的基本功能。数百年来,信托在英美法系国家被用作资产管理的重要工具,是与公司、合伙一样常用的资产经营方式。美国至少已经有30个州以立法的形式确认商事信托作为一种商事组织的合法地位。<sup>[53]</sup>

虽然公司至今仍是最为广泛和常用的商事组织形式,但在某些领域,如基金管理,信托因具有独特的制度优势而绝对胜出公司。美国学者斯蒂科夫教授断言,“当今的时代是‘淡化公司’的时代,新型商事组织,如有限合伙、商事信托等制度的蓬勃发展,将让我们逐渐远离‘商事

[49] 根据该法序言部分的陈述,美国的成文实体信托用途广泛,但主要集中于共同基金和资产证券化的运作。

[50] 参见美国《统一成文信托实体法》(2009)序言第三自然段、第304节第(a)部分以及该节评注(comments)。

[51] Henry Hansmann, Reinier Kraakman, “The Essential Role of Organization Law”, 110 *Yale Law Journal* 387, 390(2000).

[52] See Robert H. Sitkoff, “Trust Law as Fiduciary Governance Plus Asset Partitioning”, in L. Smith ed., *The Worlds of the Trust*, Cambridge University Press, 2013, p.429.

[53] 参见美国《统一成文信托实体法》(2009)序言。

组织法’就是‘公司法’的时代”。〔54〕

信托与公司存在同样的权利分离所带来的内部治理问题。〔55〕信托所具有的信托财产的法律所有权与衡平所有权相分离的独特制度设计使得信托具有类商事公司的特征——公司的管理者为股东的利益而经营资产,而股东在某种程度上对公司资产享有财产性权利。

普通法信托与公司的显著区别首先在于是否具有独立的法律人格。公司是独立的法律主体,拥有独立的法律人格,具有股东承担有限责任的制度优势。虽然美国成文商业实体信托已经被法律赋予独立法律人格,但普通法信托的独立法律人格尚未得到法律的完全认可,信托受托人和受益人均可能被要求对信托债务承担责任。〔56〕

其次,信托与公司的区别还体现在信托比公司具有更大的灵活性,这种灵活性主要体现在内部治理结构和资产运营管理两个方面。信托制度的内部治理结构更为灵活,从而不仅可以满足不同投资者对商事组织的需求,而且为受托人管理集合资产带来更大的便利。除对受托人施以信义义务之外,信托法未对受托人如何管理信托财产规定更具体的限制措施。董事会的选举、年度股东大会的召开、公司重大经营决策需经股东大会表决通过等公司治理机制在信托法中找不到相似的身影。〔57〕因此,信托受托人在管理信托财产的过程中较少受到来自受益人或委托人的干预和介入,换言之,受托人享有更广泛和更充分的管理信托财产的自主权。尤其是在受益人为多元且利益互相冲突的主体,或是无行为能力人的情形下,信托治理制度的设计极大便利了受托人对信托事务的管理。此外,受托人在管理信托财产过程中可以根据需要灵活创建和取消信托份额,而增发或减少公司股份则受制于公司法的诸多约束。

除了在组织治理方面所体现出的灵活性外,信托也是资产运营管理最灵活的形式。委托人在创立信托时可以决定信托的持续时间以及如何管理、处置和分配信托财产。20世纪美国最杰出的信托法学者斯科特教授指出,“创建信托可以实现的目的如同律师的想象一样无止境”。〔58〕信托的传统运用在英美法系国家广泛表现为家庭财产的代际传承和管理。近数十年来,信托广泛运用于商业领域。美国商业信托的表现形式包括共同基金、养老基金和资产证券化的运作等。

信托制度的灵活性以及由此给资产管理带来的巨大便利决定了它成为管理集合资产首

〔54〕 Robert H. Sitkoff, “Trust as ‘Uncorporation’: A Research Agenda”, 2005 *University of Illinois Law Review* 31, 31-32.

〔55〕 William F. Fratcher, *Property And Trust*, 6 *International Encyclopedia of Comparative Law* ch.11 (1974), p.8.

〔56〕 受益人对信托的赔偿责任体现在:信托受托人可以就其履行信托职责所产生的债务,在信托财产不足的情况下,向受益人要求清偿。

〔57〕 在1913年的 *Williams v. Inhabitants of Milton* (215 Mass.1, 102 N.E. 335)案中,法官面临的问题是在1893年成立的波士顿私人财产信托应以信托还是合伙的组织形式进行纳税。法官发现该公司的信托宣言文件并未赋予股东召开年度会议或选举受托人的权利,并由此得出波士顿私人财产信托是一个独立的信托而非个人合伙的结论,其理由是该信托宣言文件已经使受托人成为信托财产的绝对控制者。

〔58〕 Austin W. Scott and William F. Fratcher, *The Law of Trusts*, Little, Brown and Company, 4<sup>th</sup> edition, 1987, p.2.

选的组织形式。事实上,信托既是人们管理慈善捐赠所筹集到的款项的不二选择,也是证券投资中受托人管理投资基金的普遍选择。由于信托管理方式灵活,受托人在做出决策时不必征求委托人的意见,从而可以根据证券市场的环境及时做出投资决策。而信托法所设立的对受托人管理信托财产的轻度约束机制也便利了其开展资产管理活动。当然,信托资产的灵活管理制度是与信托法中的信义义务制度相对应的,信托法的信义义务标准总体高于公司法的信义义务标准。

最后,信托受益人与公司股东享有的权利内容和范围不同。一方面,英美信托法中受益人就信托财产享有对第三人的追偿权,就这一点而言,股东对公司财产的权利范围逊于信托受益人;另一方面,信托受益人无权对受托人合法履行信托职责的行为进行任何形式的干涉,包括不对任何信托事务享有表决权。受益人仅在信托文件规定的情形发生或受托人履行职责的行为违反信托文件或相关法律时,才享有对受托人的解任权。而股东则对公司重大经营决策,包括董事人选的确定,享有表决权。

## 五、我国信托法的属性定位

商业元素对现代信托制度的渗透要求信托法进行相应的调整和变革。就生存的法律环境和生长的历史而言,我国的信托法和信托实践与西方信托法存在显著差异,因而我国信托法的完善需要立法者发挥智慧,并没有可以完全照搬的外国模式。

综观前述三种信托理论,信托物权论主张将信托法纳入物权法的范畴,或认为信托制度的法律根基是物权制度;信托契约论主张信托具有契约属性,但反对将信托法纳入合同法的分支;信托组织论则主张赋予信托以独立法律主体地位,并将信托视为商事组织的一种类型。似乎可以这样认为,信托具有多维属性:从其设立过程基于委托人和受托人的合意来看,其具有契约属性;从英美法系国家普通法信托中受益人在信托财产中享有的独特财产性权益来看,其具有物权属性;从信托的内部治理和社会功能角度着眼,其具有商事组织属性。

我国《信托法》与英美国家的信托法均设计了信托财产与受托人自有财产相分离和受托人享有管理信托财产自主权并承担信义义务的法律规则,这几项规则被视为信托制度的核心内容,<sup>[59]</sup>因而我国《信托法》立法者期待设立的信托制度的实质内容与西方并无显著差异,西方学者对于信托性质的研究成果对于我国理解信托制度具有借鉴价值。我国学者对信托的性质定位曾经提出过信托契约论<sup>[60]</sup>以及商事信托的具有独立法律主体地位的商事组织论<sup>[61]</sup>两种观点。在此,笔者就我国信托法的属性定位提出两点主张。首先,就我国信托制度的基本属性而言,我国信托法应将包括民事信托和商事信托在内的信托制度整体定性为商事组织法。其次,基于信托的商事组织属性以及信托文件所蕴含的合意元素,我国信托法应设定为授权

[59] 参见 Lusina Ho, "Trusts: the Essentials", in Lionel Smith ed., *The World of Trust*, Cambridge University Press, 2013, p.3-4.

[60] 参见张淳:“信托合同论——来自信托法适用角度的审视”,《中国法学》2004年第3期。

[61] 参见于朝印:“论商事信托法律主体地位的确定”,《现代法学》2011年第5期。

法。此外,虽然信托物权论对我国信托法具有借鉴价值,<sup>[62]</sup>但由于我国并不存在信托财产双重所有制赖以生存的法律土壤,物权属性不应被设定为我国信托法的主要属性。

### (一)我国信托法应定性为商事组织法

1.我国赠与信托与商事信托相交融的信托实践决定了信托法应整体定位为商事组织法

信托按使用目的可以区分为赠与信托与商业信托两大类。<sup>[63]</sup>赋予商业信托以独立法律主体资格的司法实践在西方国家早已出现,在观念上亦易为人们所接受,但赠与信托的商事主体地位尚未得到法律的认可。美国《统一成文实体信托法》把赠与信托排除在适用范围之外,<sup>[64]</sup>相关法条的评注称其主要立法目的是防止为规避普通法信托相关立法对赠与信托所设定的公共政策限制转而注册为实体信托的行为。<sup>[65]</sup>但笔者认为这种排除在很大程度上还可归因于赠与信托在美国的悠久历史及其在人们的观念中留下的烙印,毕竟成文实体信托在制度设计上与普通法信托有显著差异,甚至于有不少学者称成文实体信托是信托与公司的制度聚合体。

除了信托财产的双重所有权制外,我国与美国信托实践的区别主要体现为赠与信托的使用。英美法系国家的赠与信托制度已经与其复杂的继承法和不动产法律制度密切融合,而我国的赠与信托并不依存于类似的法律环境。因而我国的赠与信托制度与商事信托的法律融合具有更大的可行性。具体而言,将我国信托法整体定位为商事组织法的理由有如下几点。

首先,在商业化时代的今天,不论在我国还是在西方国家,商业信托与赠与信托之间的界线已经越来越模糊。在所谓的民事或赠与信托中,受托人常常同时承担管理和投资经营信托财产的任务,此类信托受托人的角色越来越体现为信托资产的经营管理者,而非传统信托实践中的信托资产保管人。此外,现代社会的家庭资产更多地体现为金融资产,此类资产的管理需要一定的金融知识和经验,选择职业经理人为受托人既有利于对金融资产的科学管理,也避免了选择自然人为受托人需要安排备选受托人的困扰。

以亲友为受托人的赠与信托在我国虽不多见,但其确是赠与信托中的一个传统而重要的类型。如果此类信托的受托人兼具非盈利性和以信托财产的保管人而非管理者的身份持有信托财产的特点,可否将其定性为商事或企业组织?从信托立法的协调统一角度出发,同时也考虑到任何类型信托都存在受托人和受益人规避责任风险的需求和信托的治理问题,笔者认为将其定性为企业组织具有合理性。但这样的立法定位需要我们扩大对企业组织内涵的理解和诠释。在英美国家,企业组织被赋予广泛的内涵,例如代理关系就被纳入其中;而非盈利性组织亦属于企业组织的一种类型。当然在具体立法设计时应以亲友为受托人的非盈利性信托设定更为宽松灵活的法律规则。

第二,将信托法认定为商事组织法在很大程度上还可归因于信托法自身所包含的规则。一方面,信托法中信托财产与受托人财产相隔离的机制使其具备了商事组织法的特征;另一方面,

[62] 参见陈雪萍,见前注[11]。

[63] 参见于朝印,见前注[61]。

[64] 见前注[3],值得注意的是,美国《统一信托法》并没有区分或排除赠与信托和商业信托,而是对二者统一适用。

[65] 参见美国《统一成文信托实体法》第303节之评注。

近百年来信托法律规则的变革使其逐渐趋同于商事组织法。受托人的信义义务规则、受托人转委托规则、信托的独立主体地位逐渐受到法律认可等信托法律规则的演变均是信托法逐渐发展为商事组织法的体现,而这种信托法律制度的变革正是顺应信托财产运用商业化趋势的结果。

第三,赋予信托以有限责任有助于降低信托当事人的风险。以信托公司为例,信托公司通常同时经营和管理多个信托,立法赋予各个信托以独立法律主体地位,犹如在各个信托之间建立起防火墙,可以降低信托公司所承担的运营风险。而通过在微观层面对个别信托的风险控制,有利于避免金融风险的扩散和蔓延,实现对金融风险的系统性调控。考虑到信托业在我国金融业中所占的巨大比例,维护信托的运营安全对于维护国家金融安全意义重大。

此外,赋予信托以独立主体地位,还便于信托对外运营活动的开展。<sup>〔66〕</sup>明确信托的商事主体地位,将有助于消除人们对信托制度认识的多种误区,推动信托制度在健康的轨道上运行。例如,在我国广泛存在的信托“刚性兑付”中,信托受托人承担了确保信托资产管理的保值和增值义务,这超越了信托法对受托人履行职责的要求。此外,信托在作为通道运用时,所谓的受托人并不真正承担信托财产管理的职责,这也与信托的本质相背离。

事实上,将信托制度塑造为商事组织的立法已经在我国的信托实践中呼之欲出。去年开始实施的信托登记制度就是一个典型的例子。2014年10月,全国信托登记中心获得银监会的批准设立,而《信托登记管理办法》也即将出台。《信托登记管理办法》的基本内容将包括要求信托的成立、存续和终止在相关机构进行登记。信托登记制度的构建为信托法将信托定位为商事组织创设了制度平台。

## 2. 设计宽松灵活的法律规则是成功塑造信托法为商事组织法的重要条件

信托法如何向商事组织法转型,是一个需要深入研究的立法工程。在赋予信托以商事主体地位的同时,必须辅之以宽松的法律规则以确保信托制度的灵活性优势不被削弱。总体而言,商事组织比传统的普通法信托承受更多法律制度的约束,如果信托法将信托定位为商事组织,由此给信托业增加的运营负担大于为其提供的运营便利,那么这个制度设计就是失败的。

让我们以设立登记制度为例来审视信托法的制度设计。当前,我国的商业信托存在不同类型。有的商业信托金额比较大,受托人和受益人希望依托更具规范性的组织形式进行管理,同时也愿意承受一些相关的制度约束。对于此类商业信托,可以效仿美国的成文实体信托制度对其进行管理,包括要求其履行设立登记程序,但应力求简化登记的程序和要求。<sup>〔67〕</sup>对于金额较小,或受益人和受托人期待更便捷的经营运作和更少法律介入的信托,则可以适用更宽松的管理制度,包括不要求其办理设立登记手续。信托设立登记还可采用自愿和强制相结合的方法,信托法可以规定一些必须向登记机关办理设立登记的商事信托类型,其他类型信托登记与否的决定权则交由信托受托人或发起人。

〔66〕 参见于朝印,见前注〔61〕。

〔67〕 美国《统一成文信托实体法》规定将相关信托文件交由相关机构“备案”即可完成手续,参见美国《统一成文信托实体法》第201条。

### 3. 不应混同信托与合同两种制度

我国信托法未明确对信托的性质定位,<sup>[68]</sup>但个别条文似乎表现出混同信托与合同概念之现象。《信托法》主要以“信托文件”来指称记载信托条款的信托核心文件,但其第8条用“信托合同”来描述设立信托的书面形式,而《信托法》出台之后国家有关部门制定的信托行政法规较频繁使用“信托合同”来表述信托当事人对信托管理所做的安排。<sup>[69]</sup>值得注意的是,美国《统一信托法》通篇使用“信托文件”来称呼信托当事人对信托所做的安排。

虽然信托具有契约属性,但如本文第三部分所谈到,信托与合同是两种不同的制度,二者之间存在重要区别,因而不应混同。事实上,前文所归纳的信托制度与合同制度的区别,除损害赔偿制度中受益人对信托物的追及权外,其他内容均适用于我国的法律环境。基于对信托与合同制度之间区别的认识,信托当事人在设立信托过程中达成合意并签订信托文件,此时当事人之间形成了信托法律关系,该信托文件应视为信托法律关系内容的证明,合同关系不应被视为当事人之间法律关系的核心内容。

另一方面,信托与合同关系并非绝对相排斥。有时,信托关系可能诞生在合同的环境中。比如当事双方签订了一个内容和范围较广的合同,其中一部分条款涉及在当事人之间建立信托关系,那么这部分条款的法律适用应是信托法,而其他条款则适用合同法。

#### (二) 我国信托法应设定为授权法

我国现行《信托法》体现了对委托人与受托人在设立信托时所拟定的信托文件内容的尊重:多个涉及信托财产的处置和管理的法条均规定以信托文件作为适用的首要依据。然而,信托法的若干条款表明立法者尚未充分了解和把握该法所应具有授权属性。例如,《信托法》第39条列举了六种受托人职责终止的情形,却缺少了“信托文件规定的条件发生”这一重要选项。基于前文对信托基本属性的分析及如下理由,笔者主张我国信托法<sup>[70]</sup>应设定为授权法。

首先,信托具有明显的契约属性。信托文件与合同一样,是当事人自主协商的产物,信托文件体现了信托当事人的共同意志,是信托当事人根据各自创设信托的需要所做出的选择。而在我国民事信托与商事信托交融的制度环境下,信托的契约属性显得尤为突出。在此,让我们借用法经济学的核心理论——“理性选择理论”来加以分析。该理论假设,个人能够做出最大化其自身利益的选择。由于理性选择理论主张个人倾向于接受使其利益最大化的交易,拒绝减损其利益的交易,它确立了尊重和维护个体所做出的选择的观点。信托当事人可以被合理推断为理性经济人,能够做出最有利于他们的选择,因而他们所设计的信托文件条款也最有助于实现他们自身利益的最大化,从经济学角度来看,是最高效的选择。因此,除非在协商设计信托文件条款的过程中发现存在欺诈或胁迫的情形,法院不应随意变更信托当事人所设计的信托文件内容。

[68] 我国《信托法》第2条规定,信托是指委托人基于对受托人的信任,将其财产权委托给受托人,由受托人按委托人的意愿以自己的名义,为受益人的利益或者特定目的,进行管理或者处分的行为。

[69] 参见《信托公司管理办法》、《信托公司集合资金信托计划管理办法》及其他信托部门规章。

[70] 此处所指《信托法》不包括国家金融监管部门近年颁布的旨在对信托业进行监管和整顿的部门规章。

其次,信托应被视为商事组织的一种类型,这从另一个层面决定了信托法应以授权性为基本属性。与其他商事组织法,如公司法和合伙企业法一样,信托法律规则应以为信托当事人提供一系列示范合同样本为主要立法目的,因此应设定为授权法。近年来,商事组织法应定位为授权法的观点已经为西方学界所广泛接受,学者之间的争议主要集中于对商事组织法中授权性规则的存在广度,亦即强行性规则的存在范围。<sup>[71]</sup>

再次,正如前文所分析,信托制度之所以被投资者和经营者所广泛接受和采用,是因为其相比较公司而言,具有显著的操作灵活的优势。如果信托法通过设定大量强行性规则,对信托安排施以诸多约束,则会构成信托制度优势发挥的障碍。

最后,将信托法设计成授权法是信托法制相对较成熟的几个国家和地区的共同选择。美国《统一信托法》、<sup>[72]</sup>《信托法第三次重述》<sup>[73]</sup>均以明确的条文说明了其授权属性,而美国《统一成文信托实体法》由于将商事信托定位为比公司更具灵活性的商事组织,其法条充分体现了灵活性和授权性的特征。英国 2000 年《受托人法》是对原 1925 年《受托人法》的修订,该法的核心特征之一是“去规制化”,即以便利信托的经营和管理为核心宗旨。<sup>[74]</sup>沿用 80 余年的日本 1922 年《信托法》是一部强行法,而 2006 年大幅修订的日本《信托法》制定了大量授权性信托法律规则。<sup>[75]</sup>

需要指出的是,在确立我国信托法授权属性的同时,不宜全盘否定强行性规则的存在价值,因为法律灵活性的代价是其调整和规范社会生活的效果,或称“约束力”的削弱。事实上,在一部授权法制定和修订过程中,强行性规则的选择和设计既是其中的重点,也是难点。因为如果强行性规则定位不准确或设计不科学,将造成社会资源的不当耗费,并可能成为我国信托业乃至整个金融业发展的障碍。

## 六、结束语

早在 1912 年就有信托法学者指出,“无疑没有其他部门法能比信托法带给人们更多的理

[71] Henry Hansmann, Reinier Kraakman, “The Essential Role of Organization Law”, 110 *Yale Law Journal* 387, 390(2000).

[72] 美国《统一信托法》第 105 条(b)款规定:“信托文件条款的效力优于本法”,从而明确了该法的授权属性。值得注意的是,(b)款紧接着列举了该法中的十四条强行性规则,这为信托当事人了解和适用《统一信托法》的条款提供了便利。关于美国《统一信托法》的授权属性及相关内容与中国信托法的比较,参见:David English and Yuan Zhu, “Comparing China Trust Law with the U.S. Uniform Trust Code”, *Trusts & Trustees* (February/March 2014) 20 (1-2): 87-92.

[73] 美国《信托法第三次重述》第四条评注 a(1)(2003)。

[74] See Stephen Pallister and Zoe Hooper-Smith, *The Trustee Act 2000, A Major Change*, available at <http://www.lawgazette.co.uk/news/the-trustee-act-2000-a-major-change>, last visited April 26<sup>th</sup>, 2015.

[75] 参见(日)神作裕之:“日本信托法及信托相关法律法规的最新发展与课题”,杨林凯(译),《中国政法大学学报》2012 年第 5 期。

论研究机会”。〔76〕一百年过去了,信托学界对于信托基础理论的研究总体而言仍然非常薄弱。纵观这百余年里西方信托法学者对信托的理论研究,可以发现其主要聚焦于信托基本属性的探讨。信托的物权论和契约论之争贯穿了普通法系国家信托法的研究历史,而近二三十年里兴起的信托商事组织论后来居上,得到不少学者的支持和肯定,这种变化可以归因于商业元素对信托立法和实践的全面渗透。

信托制度在普通法系和大陆法系国家的广泛运用和蓬勃发展说明该制度具有强大生命力和显著的制度优势。由于我国的法律环境与英美法系存在明显差异,我国在引入信托制度的同时,必须根据我国国情对其进行变革和创新。但在这个过程中,我们应该认清信托制度的本来面目,了解其各规则的运作机理和理论依据,并在此基础上决定如何对其进行改造和移植,以避免和减少制度移植过程中不恰当的扭曲行为,力求为蓬勃发展的我国信托业提供良好的法律土壤。

什么是信托?在我国即将修订的信托法中应如何明确信托和信托法的性质定位?回答这两个问题是本文写作的两个终极目的。它们在论文的行文中互相依存,一明一暗:论文以探索信托的性质为线索,并在此过程中逐步引领读者了解信托制度,而对信托制度的深刻了解是准确定位信托和信托法应有属性的前提。

考虑到我国信托实践中的赠与信托与商事信托呈现融合趋势,将信托法整体定位为商事组织法有利于明确受托人在信托管理中的责任承担范围,有助于防控金融风险。另一方面,我们要努力为信托业营造灵活宽松的法律环境,避免不当的约束性规则成为其发展负担。

---

**Abstract:** Understanding the essence of trust, catching the difference between trust and contract, trust and corporations, and thereby configuring the nature of trust law, is a prominent issue in theoretical and practical matters of trust law in China. The nature of trust has been a piece debated issue among western scholars ever since the appearance of trust as a legal mechanism. The dominating views treat the nature of trust as property, contract as well as business organization, which reveal the multi-latitude of the nature of trust. As the mechanism of bifurcation of ownership does not exist in China, property approach does not fit for Chinese trust law. Nevertheless, the notion of regarding trust as business organization or analogy to contract could be adopted or considered by Chinese legislators. Since trust with donative purpose and trust with commercial purpose are very much migrated to Chinese trust practice, Chinese trust law may set both categories of trust as business organization with independent legal entity. Moreover, in light of the nature of the trust, China should set its trust law clause as default.

**Key Words:** Trust; Trust Law; Contract; Property; Business Organization

---

(责任编辑:邓 峰)

---

〔76〕 A.N.Whitlock, *supra* note 5, at 15.